

Arrêt N°132/21 - I — DIV (aff.fam.)

Arrêt civil

Audience publique du deux juin deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2021-00041 du rôle

rendu par la première chambre de la Cour d'appel, siégeant en matière civile,
dans la cause

E n t r e :

A, né le, demeurant à,

appelant aux termes d'une requête déposée au greffe de la Cour d'appel le
5 janvier 2021,

représenté par Maître Sophie DEVOCELLE, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg,

e t :

B, née le, demeurant à,

intimée aux fins de la susdite requête,

représentée par Maître Valérie DUPONG, avocat à la Cour, demeurant à
Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par requête déposée le 23 avril 2020, A (ci-après A) a demandé au juge aux
affaires familiales de prononcer le divorce entre lui-même et B en raison de
la rupture irrémédiable du couple.

Par ordonnance de référé exceptionnel n° 2020TALJAF/001287 du 12 mai
2020, le juge aux affaires familiales a fixé la résidence habituelle de l'enfant
commune mineure C, née le 15 mai 2018 (ci-après C) auprès de B et a
accordé à A un droit de visite et d'hébergement en période scolaire à exercer
comme suit :

Semaine 1 : du mercredi soir à la sortie de la crèche au jeudi soir à 18.00
heures ;

Semaine 2 : du jeudi soir à la sortie de la crèche au dimanche soir à 18.00 heures.

Par jugement n° 2020TALJAF/001881 du 1^{er} juillet 2020, le juge aux affaires familiales a prononcé le divorce entre parties, ordonné la liquidation et le partage du régime matrimonial existant entre elles, fixé le domicile légal de l'enfant commune mineure C auprès de B, statué sur la résidence de l'enfant commune mineure C pendant les vacances scolaires et ordonné un partage par moitié des frais extraordinaires relatifs à l'enfant.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 26 novembre 2020, le juge aux affaires familiales a :

- fixé la résidence habituelle de l'enfant commune mineure C auprès de B ;
- accordé à A un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant commune mineure C à exercer en période scolaire, sauf accord autre des parties, selon les modalités suivantes :
 - semaine 1 : du mercredi soir à la sortie de la crèche au jeudi soir à 18.00 heures,
 - semaine 2 : du jeudi soir à la sortie de la crèche au dimanche soir à 18.00 heures ;
- condamné A à payer à B une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant commune mineure C de 150 euros par mois, allocations familiales non comprises ;
- dit que cette contribution est payable et portable le premier jour de chaque mois et pour la première fois le 12 mai 2020, date de l'ordonnance de référé exceptionnel n° 2020TALJAF/001287 ayant fixé la résidence habituelle de l'enfant auprès de B et accordé un droit de visite et d'hébergement à A, et qu'elle est à adapter de plein droit et sans mise en demeure préalable aux variations du nombre-indice du coût de la vie, dans la mesure où les revenus du débiteur d'aliments y sont adaptés ;
- constaté que par application de l'article 1007-58 du Nouveau Code de procédure civile, le jugement est d'application immédiate ;
- fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des parties, avec distraction, pour la part qui lui revient, au profit de Maître Nathalie BARTHELEMY, avocat qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.

Par requête déposée au greffe de la Cour d'appel le 5 janvier 2021, A a régulièrement relevé appel du jugement du 26 novembre 2020.

Il demande à la Cour, par réformation, à titre principal :

- d'instaurer une résidence alternée pour l'enfant commune mineure C, à raison de 2 jours/2 jours/3 jours sur une période de deux semaines, à savoir
 - o Semaine 1 : (du lundi matin au lundi suivant) : 2 jours mère avec nuitées/ 2 jours père avec nuitées/ 3 jours mère avec nuitées ;
 - o Semaine 2 : (du lundi matin au lundi matin suivant) : 2 jours père avec nuitées/2 jours mère avec nuitées/3 jours père avec nuitées ;
- de le décharger de toute condamnation à une pension alimentaire mensuelle à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation d'C.

-
A titre subsidiaire,

- de lui allouer un droit de visite et d'hébergement hebdomadaire sur une période de deux semaines, à savoir :
 - o Semaine 1 : du mercredi matin au vendredi matin avec retour à la crèche, avec nuitées
 - o Semaine 2 : du jeudi matin au lundi matin, retour à la crèche, avec nuitées;

En tout état de cause, il demande encore que B soit condamnée à l'entière des frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de Maître Sophie Devocelle qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, ainsi qu'au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Enfin, il sollicite l'exécution provisoire du « *jugement* » à intervenir nonobstant appel ou opposition.

A fait plaider à l'appui de son appel que rien ne s'opposerait à la mise en place d'une résidence alternée puisqu'il s'investirait beaucoup dans la vie de sa fille, que cette dernière serait déjà âgée de deux ans et demi et que selon le rapport d'enquête sociale, il disposerait des capacités parentales nécessaires.

Il conteste que B ait été la personne de référence principale pour l'enfant commune. Il renvoie à cet égard aux attestations testimoniales qu'il verse. Les parties auraient d'ailleurs elles-mêmes, lors de leur thérapie de couple en mars 2020, envisagé d'un commun accord que l'enfant réside en alternance une semaine sur deux chez chacun des deux parents. Il reproche également à l'intimée d'avoir, pendant leur vie commune, imposé ses horaires à l'enfant obligeant cette dernière à se coucher tardivement et, depuis la séparation, de couper les liens entre C et ses grands-parents paternels, auxquels elle serait pourtant très attachée. Enfin, il insiste sur le fait qu'en accord avec son employeur, il pourra adapter ses horaires de travail la semaine où il aurait la garde de sa fille afin de pouvoir la déposer à la crèche à 8 heures et la récupérer à 16 heures.

Il donne à considérer que selon la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de Homme (CEDH), il serait de l'intérêt supérieur de l'enfant de maintenir un lien effectif avec ses deux parents et qu'il ne s'agirait pas seulement de maintenir le symbole de l'exercice commun de l'autorité parentale, mais concrètement de susciter des rencontres, des échanges et une continuité des apports éducatifs de chaque parent envers l'enfant jusqu'à sa majorité.

L'appelant renvoie également aux travaux parlementaires n° 6996 relatifs au projet de loi instituant le juge aux affaires familiales, portant réforme du divorce et de l'autorité parentale et portant réforme des textes législatifs afférents en vertu desquels est prôné le maintien des relations familiales et sociétales antérieures de l'enfant.

Il souligne encore que l'intimée est actuellement en couple avec son employeur et que toute mésentente entre eux mettra en péril la stabilité affective et professionnelle de l'intimée, entraînant un risque pour la sécurité et la stabilité d'C, ce qui ne serait pas dans l'intérêt de cette dernière.

B sollicite la confirmation du jugement entrepris, sauf éventuellement à voir dire concernant la semaine 1, que le droit de visite et d'hébergement soit fixé du jeudi matin au vendredi matin, avant ou après la crèche.

Elle fait plaider qu'elle ne serait pas contre le principe de la résidence alternée, mais qu'en l'occurrence C serait encore trop jeune pour lui imposer un tel rythme. La demande de A serait partant prématurée, ce d'autant plus qu'actuellement l'entente entre les parties ne serait pas bonne en raison notamment de l'immixtion des grands-parents paternels dans leurs relations. Elle conteste empêcher C de voir ces derniers, affirmant qu'C serait très souvent chez eux pendant les droits de visite et d'hébergement du père. En tout état de cause, il ne lui incomberait pas de leur remettre C pendant le temps qu'elle réside chez elle. Elle estime que le comportement revendicateur de l'appelant serait dû en grande partie à la rancœur qu'il entretiendrait à son encontre pour l'avoir quitté et être partie vivre avec son amant.

Elle renvoie également aux décisions de la CEDH et fait valoir que l'intérêt de l'enfant devrait primer sur les droits des parents.

Se référant à la proposition de l'intimée relative au changement du droit de visite et d'hébergement de la semaine 1, A rétorque que cette dernière se contenterait de dicter ses conditions et d'écarter le père de la vie de sa fille. Il refuse ladite proposition, estimant qu'une telle modification n'avantagerait que la mère.

L'appelant déclare encore renoncer à sa demande tendant à voir ordonner l'exécution provisoire du « *jugement à intervenir* ».

Appréciation de la Cour

Selon l'article 378-1 du Code civil, en cas de désaccord des parents, la résidence (de l'enfant commun mineur) peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un deux.

A la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le choix du domicile ou sur la résidence de l'enfant, le tribunal peut fixer le domicile de l'enfant et ordonner une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, il statue définitivement et fixe le domicile de l'enfant au domicile de l'un des parents et la résidence habituelle de l'enfant, soit en alternance au domicile de chacun des parents, soit au domicile de l'un d'eux.

Il est de principe, même en cas de séparation, que les parents exercent en commun l'autorité parentale à l'égard de leur enfant. De même, il est dans l'intérêt de ce dernier de construire des liens effectifs avec chacun de ses parents par le biais de rencontres régulières, d'échanges affectifs et d'apports éducatifs continus. Dans cette optique, le système de la résidence alternée présente l'avantage de mettre les deux parents sur un strict pied d'égalité.

Tel que l'a à bon droit retenu le juge aux affaires familiales, une résidence alternée doit pour pouvoir être mise en place avant tout satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit primer sur l'intérêt personnel des parents.

L'alternance doit avoir pour but de favoriser l'épanouissement de l'enfant et non pas de répondre au seul désir de l'un des parents de satisfaire des revendications de stricte parité. Il convient de préciser à cet égard que la qualité de la relation entre un parent et son enfant, l'impact que peut avoir un parent sur l'éducation, la formation et le développement harmonieux de son enfant et la profondeur de l'affection ressentie ne sont pas uniquement ni même essentiellement fonction du nombre de jours ou d'heures passés avec l'un ou l'autre parent, mais découlent tant de la régularité des contacts et d'une certaine durée de ceux-ci que de l'intensité des relations et de la sincérité des sentiments. L'idée que seul un partage en temps égal de l'hébergement entre le père et la mère serait susceptible de permettre à chacun des parents de remplir son rôle parental ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant, de sa nécessité de stabilité et d'équilibre (Cour tut., 1^{er} février 2012, n° 38004 du rôle ; Cour 12 janvier 2011, Pas, 35, p.551).

Il convient partant dans chaque cas particulier de rechercher un juste équilibre entre les intérêts des parents et de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant l'emportant sur celui du ou des parents.

Concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge aux affaires familiales a retenu à bon escient qu'il est généralement admis qu'une résidence alternée peut présenter des désavantages pour de très jeunes enfants et cela jusqu'à l'âge de six ans. D'après de nombreux pédiatres, psychologues et pédopsychiatres, ce système peut, en effet, engendrer des traumatismes, surtout chez les tout petits car, pour eux, le père et la mère ne sont pas à égalité, même si les rôles sont complémentaires (Cour 25 octobre 2017, n° 45181 du rôle). Même si cette réticence concernant la résidence alternée n'est pas partagée de façon unanime par les professionnels de la petite enfance, il y a lieu, le cas échéant, d'en tenir compte afin de ne pas exposer l'enfant à un risque de trouble du développement.

Concernant les décisions de la CEDH (qui traitent de la suspension ou du retrait du droit de visite et d'hébergement) et les travaux parlementaires cités par l'appelant, il y a lieu de dire que le système actuellement mis en place permet d'ores et déjà à l'enfant mineure commune d'entretenir des liens effectifs avec ses deux parents, tel que cela résulte du rapport d'enquête sociale, ainsi que des attestations et photos versées au dossier par l'appelant.

Si devant le juge des référés, en mai 2020, l'appelant a affirmé que pendant la première année de l'enfant commune, l'intimée s'en occupait à temps complet et était la personne de référence pour l'enfant, lui-même ayant eu du mal à créer une relation avec cette dernière, il s'est pendant le confinement occupé de sa fille les après-midis et a su créer une véritable relation avec elle.

Il résulte en effet du rapport d'enquête sociale déposé le 3 mai 2021, que les deux parents offrent à C des conditions de vie sereines et qu'ils s'investissent tous les deux activement dans la vie et dans l'éducation d'C, celle-ci se sentant à l'aise tant dans le milieu maternel que paternel et adoptant une attitude naturelle et spontanée envers ses deux parents. Les bonnes facultés éducatives des parents sont étayées par les attestations versées de part et d'autre, la Cour précisant cependant qu'elle n'a pas tenu compte des attestations versées par l'intimée qui ne répondent pas aux conditions

exigées par l'article 402 du Nouveau Code de procédure civile (pièces 7 à 12 de la farde n° 2 de Maître Dupong).

Il résulte encore des éléments du dossier que l'appelant bénéficie depuis mai 2020, et pour vingt mois, d'un congé parental d'un jour par semaine. Son employeur lui a certifié qu'il pourrait prendre ses jours de congé parental les semaines où il aurait la « garde » de sa fille et adapter ses horaires les trois jours de travail restants de façon à pouvoir déposer sa fille à la crèche à 8 heures et la récupérer à 16 heures.

L'intimée est indépendante et peut, au besoin, organiser son emploi du temps en fonction de sa fille.

C fréquente actuellement la crèche « *Kannerstuff* » à Capellen. Pour l'année scolaire 2021/2022, l'intimée envisage de l'inscrire à Hobscheid (éducation précoce).

L'intimée habite à Steinfort et l'appelant à Bertrange.

S'il se dégage de ce qui précède que la situation a vocation à évoluer vers une résidence alternée, la Cour se doit de constater que dans le courriel adressé par D, chargée de direction adjointe de la crèche « *Kannerstuff* », à l'agent rapporteur du SCAS en date du 30 septembre 2020 (soit après l'entretien téléphonique avec ce dernier, qui a eu lieu le 28 septembre 2020), l'auteur précise que « *depuis deux semaines* » (soit depuis la fin des grandes vacances), C pleure souvent et réclame sa mère, ce qu'elle ne faisait pas auparavant (Pièce 34 de la farde n° 6 de Maître Dupong).

Ce changement d'attitude de l'enfant suite aux grandes vacances, passées en alternance de chaque fois une semaine chez chacun des deux parents, dénote une fragilité émotionnelle dans le chef de l'enfant qui ne semble pas encore prête, indépendamment de l'affection qu'elle a pour son père, à tirer un réel bénéfice d'une résidence en alternance égalitaire. Eu égard au jeune âge de l'enfant et de la persistance d'une animosité entre les parents, le système 2 jours/ 2 jours/ 3 jours n'est pas approprié dans la présente espèce, alors qu'un changement permanent d'environnements soumettrait C à des situations de stress physique et psychologique ne lui permettant pas d'évoluer sereinement.

La Cour retient partant que la demande de A est prématurée et qu'il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il n'a pas fait droit à la demande en institution d'une résidence alternée.

Aucun élément du dossier ne laissant conclure qu'C serait perturbée par les week-ends de trois jours passés chez son père, il y a lieu de faire partiellement droit à la demande subsidiaire et de dire que le droit de visite et d'hébergement pendant la semaine 1 s'exercera du mercredi à la sortie de la crèche au vendredi à 18 heures.

La demande tendant à voir prononcer une résidence alternée n'étant pas fondée, il n'y a pas lieu de décharger A de la condamnation au paiement de la pension alimentaire mensuelle à titre de contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant mineure commune C.

La condition d'iniquité requise par l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile n'étant pas remplie, il y a lieu de débouter A de sa demande introduite sur cette base.

Au vu de l'issue de l'instance d'appel, il y a lieu de faire masse des frais et dépens de cette instance et de les imposer à hauteur de moitié à chacune des parties.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, première chambre, siégeant en matière d'appel contre les décisions du juge aux affaires familiales, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel,

donne acte à A qu'il renonce à sa demande relative à l'exécution provisoire,

dit l'appel partiellement fondé,

réformant,

accorde à A un droit de visite et d'hébergement à l'égard de l'enfant C, née le 15 mai 2018, à exercer comme suit :

- semaine 1 : du mercredi soir à la sortie de la crèche au vendredi à 18 heures ;
- semaine 2 : du jeudi soir à la sortie de la crèche au dimanche à 18 heures ;

confirme le jugement entrepris pour le surplus,

déboute A de sa demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne A et B chacun à la moitié des frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Sophie DEVOCELLE, sur ses affirmations de droit.

Ainsi fait, jugé et prononcé à l'audience publique où étaient présents :

Jeanne GUILLAUME, président de chambre,
Yannick DIDLINGER, conseiller,
Thierry SCHILTZ, conseiller,
Daniel SCHROEDER, greffier.